Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
presentadas el 20 de septiembre de 2018 [1]

Asunto C-393/18 PPU

UD
contra
XB

[Petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Tribunal Superior de Inglaterra y País de Gales, Sala de Familia, Reino Unido)]

«Procedimiento prejudicial — Cooperación judicial en materia civil — Competencia en materia de responsabilidad parental — Reglamento (CE) n.º 2201/2003 — Artículo 8, apartado 1 — Concepto de "residencia habitual del menor" — Nacimiento y residencia continuada de un lactante en un tercer país contra la voluntad de la madre — No presencia física del lactante en un Estado miembro — Situación resultante de las presiones del padre y de una potencial violación de los derechos fundamentales de la madre y del lactante — Inexistencia de una regla en virtud de la cual un menor no puede tener su residencia habitual en un Estado miembro en el que no ha estado nunca físicamente»

I. Introducción

1. Mediante su petición de decisión prejudicial, la High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Tribunal Superior de Inglaterra y País de Gales, Sala de Familia, Reino Unido) solicita al Tribunal de Justicia que interprete el artículo 8, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 (en lo sucesivo, «Reglamento Bruselas II *bis*»). [2]

2. Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre la madre, de nacionalidad bangladesí, y el padre, de nacionalidad británica, de una menor de aproximadamente un año de edad en el momento en que se presentó la demanda ante el órgano jurisdiccional remitente. La menor fue concebida, nació y ha residido de forma continua en Bangladés. Según alega la madre, el padre la retiene contra su voluntad en dicho tercer país al que únicamente viajó, tras haber residido seis meses aproximadamente en el Reino Unido, con la intención de realizar una visita temporal. A consecuencia de la presión ejercida por el padre, se vio obligada a dar a luz en Bangladés y a permanecer allí con la menor. La madre solicita al órgano jurisdiccional remitente que ordene, por un lado, que la menor quede sujeta a la protección de dicho órgano jurisdiccional y, por otro, su regreso, junto con la menor, a Inglaterra y País de Gales con el fin de poder participar en el procedimiento judicial.

1 Lengua original: francés.

2 DO 2003, L 338, p. 1.

3. De conformidad con el artículo 8, apartado 1, del Reglamento Bruselas II *bis*, el órgano jurisdiccional remitente únicamente sería competente para pronunciarse sobre dicha petición si la menor hubiera tenido su residencia habitual en el Reino Unido en el momento en que se presentó la demanda ante él. El citado órgano jurisdiccional solicita que se determine si el hecho de que la menor no haya estado nunca físicamente en ese Estado miembro impide necesariamente que resida en él de forma habitual. También pregunta al Tribunal de Justicia la importancia que en ese contexto tiene que la ausencia del territorio del Reino Unido sea consecuencia de las presiones ejercidas por el padre sobre la madre mediando una potencial vulneración de los derechos fundamentales de la madre y de la menor.

4. Al término de mi análisis llegaré a la conclusión de que el hecho de que la menor no haya estado nunca en un Estado miembro no impide necesariamente que tenga en él su residencia habitual. Asimismo, indicaré las circunstancias, entre ellas la razón para que la madre y su hija estuvieran ausentes del territorio de ese Estado miembro, que han de ser tenidas en cuenta para determinar la residencia habitual de la menor en una situación como la controvertida en el litigio principal.

II. Marco jurídico

5. El considerando 12 del Reglamento Bruselas II *bis* tiene el siguiente tenor:

«Las normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad. Esto significa por lo tanto que son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar […]».

6. El artículo 8 de dicho Reglamento, que lleva por título «Competencia general» dispone, en su apartado 1, que «los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un [menor] que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional».

III. Litigio principal, cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

7. La demandante en el litigio principal (UD), de nacionalidad bangladesí, contrajo matrimonio concertado en 2013 en Bangladés con el demandado en el litigio principal (XB), de nacionalidad británica. La demandante y el demandado en el litigio principal son respectivamente madre y padre de una niña concebida en Bangladés en mayo de 2016.

8. En el mes de junio o julio de 2016, UD viajó al Reino Unido para vivir allí con XB. Disponía de un visado para cónyuge expedido por la United Kingdom Home Office (Ministerio del Interior del Reino Unido), válido del 1 de julio de 2016 al 1 de abril de 2019.

9. UD alega que XB y su familia han cometido actos de violencia doméstica tanto física como psicológica. También afirma haber sido violada en dos ocasiones por XB. Este último rebate esas acusaciones.

10. El 24 de diciembre de 2016, estando el embarazo de UD en una fase avanzada, viajó con XB a Bangladés, donde la menor nació el 2 de febrero de 2017. Desde entonces UD y la menor han permanecido en el territorio de dicho Estado. A comienzos de enero de 2018, XB regresó a Inglaterra y País de Gales.

11. Las partes ofrecen dos versiones divergentes sobre las circunstancias que rodearon su viaje a Bangladés y sobre los acontecimientos que se produjeron posteriormente.

12. UD sostiene que ha sido retenida ilegalmente por XB contra su voluntad en Bangladés junto con su hija. Se vio obligada a dar a luz allí y permanecer en dicho país mediando vulneración de sus derechos fundamentales y de los de la menor consagrados en los artículos 3 y 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «CEDH»). Según UD, XB la dejó en la aldea donde residía la familia de su padre y señaló que volvería a buscarla una semana más tarde. Sin embargo, nunca volvió y le arrebató su pasaporte y otros documentos para que no pudiera abandonar Bangladés. UD alega que nunca habría viajado a ese país si hubiera conocido las verdaderas intenciones de XB. UD aduce que, en esa aldea, no dispone ni de gas, ni de electricidad, ni de agua potable ni de los más mínimos ingresos. La comunidad la ha estigmatizado por el hecho de haberse separado de XB.

13. XB rebate todas esas alegaciones. Según afirma, viajaron a Bangladés a petición de UD porque ella era desgraciada en el Reino Unido. También fue voluntad de UD que XB regresara solo a dicho Estado miembro.

14. El 20 de marzo de 2018, UD inició un procedimiento ante la High Court of Justice (England & Wales) Family Division (Tribunal Superior de Inglaterra y País de Gales, Sala de Familia). Solicita a ese órgano jurisdiccional que ordene, en primer lugar, que la menor quede sujeta a la protección de dicho órgano jurisdiccional y, en segundo lugar, que la madre y la menor regresen a Inglaterra y País de Gales para poder participar en el procedimiento.

15. Durante una vista que se celebró el mismo día, UD alegó que el órgano jurisdiccional remitente es competente para pronunciarse sobre su demanda. Alega, con carácter principal, que la menor residía de forma habitual en Inglaterra y País de Gales en el momento en que se presentó la demanda ante el órgano jurisdiccional remitente. Con carácter subsidiario, UD arguye que, con arreglo al Derecho nacional, dicho órgano jurisdiccional tiene competencia *parens patriae* (es decir, que es competente en virtud de la nacionalidad o ciudadanía británica) con respecto a la menor y que debería ejercitarla en este caso.

16. En una vista que se celebró el 16 de abril de 2018, XB impugnó la competencia de la High Court of Justice (England & Wales) Family Division (Tribunal Superior de Inglaterra y País de Gales, Sala de Familia). Según XB, la menor residía habitualmente en Bangladés en el momento en el que se presentó la demanda en el litigio principal. Por otro lado, dicho órgano jurisdiccional carece de competencia *parens patriae* con respecto a la menor, dado que esta no es ciudadana británica. En cualquier caso, aun cuando dicho órgano jurisdiccional tuviera esa competencia, debería abstenerse de ejercitarla en este caso.

17. En su petición de decisión prejudicial, el propio órgano jurisdiccional manifiesta que no ha comprobado los hechos porque considera necesaria pronunciarse, con carácter preliminar, sobre su competencia. El órgano jurisdiccional remitente considera que es preciso determinar si la menor reside habitualmente en el Reino Unido en el sentido del artículo 8, apartado 1, del Reglamento Bruselas II *bis* antes de analizar cualquier otro posible criterio de competencia.

18. A este respecto, ha considerado necesario plantear una petición de decisión prejudicial con el fin de aclarar si la residencia habitual de un menor puede encontrarse en un Estado miembro en el que nunca ha estado físicamente. El órgano jurisdiccional remitente solicita que se dilucide, en particular, si puede ser así cuando la madre alega que el menor ha nacido y residido en un tercer Estado en el que sus progenitores, titulares de la responsabilidad parental, no tienen la intención común de residir

y en el que el padre retiene ilegalmente a la madre y al menor mediante presiones. Dicho órgano jurisdiccional sostiene que, de demostrarse, el comportamiento de XB sería con toda probabilidad constitutivo de una vulneración de los derechos fundamentales de la madre y de la menor reconocidos por los artículos 3 y 5 del CEDH.

19. En estas circunstancias, la High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Tribunal Superior de Inglaterra y País de Gales, Sala de Familia) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Constituye la presencia física de un menor en un Estado un elemento esencial de la residencia habitual, en el sentido del artículo 8 del [Reglamento Bruselas II *bis*]?

2) Cuando ambos progenitores son titulares de la responsabilidad parental, ¿influye el hecho de que la madre fuera inducida mediante engaño a trasladarse a otro Estado, en el que fue retenida ilícitamente por el padre mediante presiones u otro acto ilegal, viéndose así obligada a dar a luz a un hijo en ese Estado, en la respuesta que ha de darse a la primera cuestión prejudicial en circunstancias en las que pudo existir una vulneración de los derechos humanos de la madre o del hijo conforme a los artículos 3 y 5 del [CEDH] o por otros motivos?»

20. El órgano jurisdiccional remitente solicitó que la petición de decisión prejudicial se tramitara mediante el procedimiento de urgencia establecido en el artículo 107 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. La Sala Primera del Tribunal de Justicia resolvió estimar esa solicitud el 5 de julio de 2018, a propuesta del Juez Ponente, oído el Abogado General.

21. UD, XB, el Gobierno del Reino Unido y la Comisión han presentado observaciones escritas. Esas partes, así como el Gobierno Checo, estuvieron representados en la vista oral que se celebró el 7 de septiembre de 2018.

IV. Análisis

A. Sobre la admisibilidad

22. El Gobierno del Reino Unido alega que ha de declararse la inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales puesto que artículo 8, apartado 1, del Reglamento Bruselas II *bis* únicamente regula los conflictos de competencia entre órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. En virtud del artículo 61 CE, letra c), actualmente 67 TFUE, que constituye una de las bases jurídicas de ese Reglamento, su ámbito de aplicación geográfico se circunscribe a situaciones que tienen un vínculo de conexión con dos o más Estados miembros. Por consiguiente, en su opinión, el artículo 8, apartado 1, de ese Reglamento no se aplica en el contexto de un litigio que tiene vínculos de conexión con un Estado miembro y un tercer Estado.

23. A este respecto, dicha disposición establece que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en la medida en la que el «menor […]resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional», sin limitar esa competencia a los litigios que tienen un vínculo de conexión con otro Estado miembro.

24. El artículo 61, letra a), del Reglamento Bruselas II *bis* corrobora esa interpretación. Conforme a dicha disposición, en las relaciones con el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, firmado en la Haya el 19 de octubre de 1996 (en lo sucesivo, «Convenio de La

Haya de 1996»),[3] ese Reglamento se aplica cuando el menor tiene su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro. Por consiguiente, el Reglamento Bruselas II *bis* prevalece sobre dicho Convenio siempre que se cumpla ese requisito, con independencia de que el litigio implique un eventual conflicto de competencia entre Estados miembros o entre un Estado miembro y un tercer país parte en ese Convenio.

25. Por otra parte, el artículo 12, apartado 4, del mismo Reglamento, que prevé la prórroga en determinadas circunstancias de la competencia de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que se hayan pronunciado sobre la demanda de divorcio de sus padres, aun cuando el menor no tenga en ese Estado su residencia habitual, comprende la situación de un menor que reside habitualmente en un tercer país no firmante del Convenio de La Haya de 1996. Esa disposición se aplica pues específicamente a los litigios que tienen vínculos de conexión con un Estado miembro y con un tercer Estado.[4]

26. La interpretación teleológica del artículo 8, apartado 1, del citado Reglamento me lleva a considerar asimismo que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tienen competencia internacional cuando el menor reside en él habitualmente, incluso a falta de vínculos de conexión con otro Estado miembro.

27. A este respecto, el Tribunal de Justicia precisó en la sentencia Owusu[5] que el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en lo sucesivo, «Convenio de Bruselas»),[6] predecesor del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en lo sucesivo, «Reglamento Bruselas I»),[7] tenía por objeto facilitar el funcionamiento del mercado común mediante la adopción de normas de atribución de competencia para los litigios relativos al mismo y reducir las dificultades relativas al reconocimiento y a la ejecución de sentencias. El Tribunal de Justicia estimó que la unificación de las normas de competencia en relación con los litigios que contengan un elemento de extranjería contribuye a lograr ese objetivo, pues permite eliminar los obstáculos derivados de las disparidades entre las legislaciones nacionales en la materia. Dedujo de ello que la aplicación del artículo 2 del Convenio de Bruselas, que atribuye una competencia general a los órganos jurisdiccionales del domicilio del demandado, no está supeditada a la existencia de una relación jurídica que implique a varios Estados contratantes de ese Convenio.[8]

28. Desde mi punto de vista, el razonamiento desarrollado en esa sentencia también resulta válido en el contexto del artículo 8, apartado 1, del Reglamento Bruselas II *bis*. En efecto, de conformidad con el artículo 67 TFUE, apartado 4, la Unión facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil.[9] Ahora bien,

3 El Convenio de La Haya de 1996 sustituyó al Convenio relativo a la competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, celebrado en La Haya el 5 de octubre de 1961 (en lo sucesivo, «Convenio de La Haya de 1961»). Aunque la Unión Europea no es parte del Convenio de La Haya de 1996, todos los Estados miembros lo han suscrito.

4 En cambio, algunas disposiciones del Reglamento Bruselas II *bis* en materia de competencia implican necesariamente, según se desprende de su tenor literal, que debe existir un potencial conflicto de competencia entre los órganos jurisdiccionales de dos o más Estados miembros (véanse los artículos 9, 10, 15, 19 y 20). Por otra parte, las disposiciones del Reglamento relativas al reconocimiento y a la ejecución únicamente se aplican a las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (véase el auto de 12 de mayo de 2016, Sahyouni, C-281/15, EU:C:2016:343, apartados 19 a 22, y la sentencia de 20 de diciembre de 2017, Sahyouni, C-372/16, EU:C:2017:988, apartado 27). Tampoco se discute que para que se aplique el artículo 11 de dicho Reglamento, relativo a la restitución del menor, es preciso que el traslado o la retención del menor se haya producido entre un Estado miembro y otro. En resumen, no es preciso examinar el ámbito de aplicación geográfico del Reglamento Bruselas II *bis* en su conjunto, sino la aplicabilidad de cada una de sus disposiciones.

5 Sentencia de 1 de marzo de 2005 (C-281/02, EU:C:2005:120), apartado 33.

6 DO 1972, L 299, p. 32: EE 01/01, p. 186; Texto consolidado en DO 1998, C 27, p. 1.

7 DO 2001, L 12, p. 1.

8 Sentencia de 1 de marzo de 2005, Owusu (C-281/02, EU:C:2005:120), apartados 34 y 35. Véase, además, el dictamen 1/03 (Nuevo Convenio de Lugano), de 7 de febrero de 2006 (EU:C:2006:81), apartados 146 a 148.

9 El artículo 81 TFUE, apartado 2, prevé la adopción de medidas de armonización en materia de cooperación judicial civil, «*en particular* cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior» (el subrayado es mío).

la armonización de las reglas de competencia internacional, mediante el refuerzo de la seguridad jurídica, tiene por objeto fomentar la confianza mutua que permite establecer un sistema de reconocimiento automático de sentencias.[10] Desde esa perspectiva, la aproximación de las normas de competencia para resolver litigios que tienen un elemento de extranjería permite eliminar los obstáculos al reconocimiento y a la ejecución de sentencias dictadas en los Estados miembros en materia civil, incluso en temas de familia.

29. Por lo demás, esta conclusión refleja el modo en el que tanto los órganos jurisdiccionales nacionales[11] como la doctrina[12] conciben el ámbito de aplicación del artículo 8, apartado 1, del Reglamento Bruselas II *bis*.

30. Por consiguiente, procede rechazar la excepción de inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales propuesta por el Gobierno del Reino Unido.

31. En aras de la exhaustividad he de añadir que no puede ponerse en cuestión la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales por el mero hecho de que estas se refieran a una situación que únicamente refleja hechos alegados por la madre pero no hechos considerados probados por el órgano jurisdiccional remitente.[13]

B. Sobre el fondo

1. Consideraciones preliminares

32. Piedra angular del Reglamento Bruselas II *bis* y de los convenios internacionales en los que se inspira, el concepto de «residencia habitual del menor» desempeña una doble función en esos instrumentos.

33. En primer lugar, con arreglo al artículo 8, apartado 1, de dicho Reglamento, el criterio de la residencia habitual del menor momento en el que se presente el escrito de demanda es la base de la competencia general de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro para pronunciarse sobre cuestiones relativas a la responsabilidad parental.[14] Esta disposición tiene la misma redacción que el artículo 5, apartado 1, del Convenio de La Haya de 1996.

10 Véase al apartado 13 del Informe explicativo de A. Borrás (DO 1998, C 221, p. 27), elaborado en el marco del procedimiento de celebración, con arreglo al artículo K.3 del TUE, del Convenio sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial (DO 1998, C 221, p. 1; en lo sucesivo, «Convenio Bruselas II»).

11 Véanse, en particular, las sentencias n.º 5-10.872 de la Cour de cassation (Tribunal de Casación, Francia), Sala Primera de lo Civil, de 13 de mayo de 2015; de la Supreme Court of the United Kingdom (Tribunal Supremo del Reino Unido), en el asunto Re B (A Child) (Habitual Residence: Inherent Jurisdiction) [2016] UKSC 4, apartado 29, y de la High Court of Ireland (Tribunal Superior de Irlanda) de 1 de julio de 2008, [2008] IEHC 243, O'K v A, apartado 5.8.

12 Véase, en particular, Gallant, E., «Règlement Bruxelles II *bis*: compétence, reconnaissance et exécution en matières matrimoniale et de responsabilité parentale», *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2013, apartados 24 y ss., así como Magnus, U. y Mankowski, P.: *European Commentaries on Private International Law: Brussels II* bis *Regulation*, Sellier European Law Publisher, 2012, p. 21.

13 El Tribunal de Justicia ya ha considerado que un órgano jurisdiccional nacional puede presentar una petición de interpretación «basándose en las alegaciones de una parte del procedimiento principal sin haber comprobado previamente si son fundadas, si estima que, habida cuenta de las particularidades del asunto, necesita una decisión prejudicial para poder dictar sentencia y que las cuestiones prejudiciales […] son pertinentes» (sentencia de 9 de diciembre de 2003, Gasser, C-116/02, EU:C:2003:657, apartado 27). En el presente asunto, el órgano jurisdiccional remitente considera que es necesario que el Tribunal de Justicia responda a sus preguntas para poder pronunciarse sobre su competencia, habida cuenta de que el nivel de prueba de los hechos que ha de cumplirse es distinto del que se aplica a efectos de acreditar los hechos cuando se examina el asunto en cuanto al fondo. A este respecto, en su sentencia de 28 de enero de 2015, Kolassa (C-375/13, EU:C:2015:37), apartados 59 a 63, el Tribunal de Justicia declaró que el alcance de las obligaciones de control que incumben a los tribunales nacionales al comprobar su competencia con arreglo al Reglamento Bruselas I está regulado por el Derecho procesal nacional, sin perjuicio de que se preserve el efecto útil de ese Reglamento. Según el Tribunal de Justicia, el juez nacional debe poder pronunciarse con facilidad sobre su propia competencia, sin verse obligado a realizar un examen sobre el fondo del asunto, llevando a cabo una práctica detallada de la prueba en lo que atañe a los hechos pertinentes relativos tanto a la competencia como al fondo. A mi juicio, este planteamiento también resulta aplicable en lo que respecta a las normas de competencia previstas en el Reglamento Bruselas II *bis*.

14 No se discute que el procedimiento principal tiene por objeto cuestiones en materia de responsabilidad parental, según se define dicha expresión en el artículo 2, apartado 7, del Reglamento Bruselas II *bis*.

34. En segundo lugar, el concepto de «residencia habitual» del menor constituye el núcleo del mecanismo de restitución que prevé el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores celebrado en La Haya el 25 de octubre de 1980 (en lo sucesivo, «Convenio de La Haya de 1980» y, conjuntamente con el Convenio de La Haya de 1996, «Convenios de La Haya»).[15] Este mecanismo, completado por las disposiciones del Reglamento Bruselas II *bis* y, en particular, por su artículo 11, sigue aplicándose entre los Estados miembros en las materias que se rigen por dicho Reglamento.[16] En esencia, el traslado o la retención de un menor son ilícitos cuando se han producido con infracción de un derecho de custodia atribuido con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención.[17] Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en principio deberá ordenarse la restitución inmediata del menor a ese Estado miembro.[18]

35. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en esos dos contextos se atribuye el mismo significado al concepto de «residencia habitual del menor».[19] Este planteamiento se explica, en particular, porque tanto el artículo 8, apartado 1, del Reglamento Bruselas II *bis* como el mecanismo de restitución tienen como objetivo que los litigios en materia de responsabilidad parental sean resueltos por los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia habitual del menor, que se consideran los más aptos para proteger sus intereses.[20]

36. Más concretamente, del considerando 12 de dicho Reglamento se desprende que la norma de competencia general prevista en el artículo 8, apartado 1, de ese mismo Reglamento, se basa en el criterio de proximidad mediante el cual el legislador ha pretendido dar traslado al objetivo de protección del interés superior del menor. El legislador ha considerado que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia habitual del menor, a raíz de su proximidad con su entorno social y familiar, son los que están en mejor situación para apreciar su situación en el marco del procedimiento sobre el fondo,[21] en su caso, una vez que el menor haya regresado a ese Estado miembro en virtud de las disposiciones del Convenio de La Haya de 1980, completadas por el Reglamento Bruselas II *bis*. Esta norma de competencia, al igual que el mecanismo de restitución, parten pues de una concepción del interés superior del menor considerado de forma general.[22] Ese interés se concreta en mayor medida en un momento posterior, cuando se resuelven sobre el fondo las cuestiones relativas a la responsabilidad parental.[23]

37. Ni los Convenios de La Haya ni el Reglamento Bruselas II *bis* definen el concepto de «residencia habitual del menor». En esas circunstancias, el Tribunal de Justicia, al igual que los órganos jurisdiccionales de los Estados firmantes de esos convenios, se ha visto obligado a delimitar el criterio que ha de aplicarse para determinar la residencia habitual del menor en cada caso concreto. Ese ejercicio implica la búsqueda de un equilibro entre diversas exigencias.

15 El Convenio de La Haya de 1980 ha sido firmado por todos los Estados miembros. Sin embargo, la Unión no se ha adherido a él. Por otra parte, la República de Bangladés no ha firmado ni ese convenio ni el Convenio de La Haya de 1996.

16 Véanse el artículo 62, apartado 2, y el considerando 17 del Reglamento Bruselas II *bis*. En virtud del artículo 60, letra e), de ese Reglamento, sus disposiciones prevalecen sobre las del Convenio de La Haya de 1980. Véase la sentencia de 5 de octubre de 2010, McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582), apartado 36.

17 Véase el artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980 y el artículo 2, punto 11, del Reglamento Bruselas II *bis*.

18 Véase el artículo 12 del Convenio de La Haya de 1980 y el artículo 11 del Reglamento Bruselas II *bis*.

19 Sentencias de 9 de octubre de 2014, C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268), apartado 54, y de 8 de junio de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436), apartado 41.

20 Véase el informe explicativo de E. Pérez-Vera, Actos y documentos de la sesión XIV. (1980), tomo III (en lo sucesivo, «informe Pérez-Vera»), apartados 16, 19 y 66. En particular, el apartado 16 de dicho documento pone de manifiesto que la incapacidad para fijar convencionalmente criterios de competencia en materia de derecho de custodia llevaron a la elección del mecanismo de restitución que «aun siendo indirect[o], va a permitir en la mayoría de los casos que la resolución final respecto a la custodia, sea dictada por las autoridades de la residencia habitual del menor, antes de su traslado».

21 Véase, en ese sentido, la sentencia de 9 de noviembre de 2010, Purrucker (C-296/10, EU:C:2010:665), apartado 84.

22 Véanse los apartados 24 y 25 del informe Pérez-Vera y la sentencia de 28 de junio de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513), apartado 59 y jurisprudencia citada.

23 Véase, en ese sentido, la sentencia de 8 de junio de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436), apartado 66.

38. Por un lado, ese criterio debe ser lo suficientemente flexible como para que los jueces puedan adaptar sus decisiones a las circunstancias propias de cada caso para reflejar en la mayor medida posible el criterio de proximidad. A este respecto, los trabajos preparatorios de los Convenios de La Haya ponen de manifiesto que sus autores se abstuvieron deliberadamente de definir el concepto de «residencia habitual del menor». Consideraron que ese concepto depende de apreciaciones fácticas y no debe encorsetarse en normas jurídicas rígidas como las que regulan la identificación del domicilio. [24]

39. Por otra parte, el criterio adoptado debe garantizar un cierto grado de previsibilidad y de seguridad jurídica, acotando debidamente la facultad de apreciación de los jueces. Esta última exigencia responde también al objetivo de uniformidad en la aplicación del Reglamento Bruselas II *bis* y de los Convenios de La Haya: cuanto más precisos sean los puntos de referencia, más previsibles y, por lo tanto, más uniformes serán los resultados en los distintos órganos jurisdiccionales interesados.

40. Estimo útil insistir en la importancia de una aplicación coherente y uniforme del criterio de la residencia habitual del menor tanto en el seno de la Unión como en todos los Estados firmantes de los Convenios de La Haya. El reto es evitar conflictos de competencia entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y de otros Estados firmantes del Convenio de La Haya de 1996 y permitir una aplicación armoniosa del mecanismo de restitución instaurado por el Convenio de La Haya de 1980. [25] Desde esa perspectiva considero oportuno tener en cuenta en mi análisis determinadas resoluciones dictadas por órganos jurisdiccionales de terceros Estados firmantes de esos Convenios. [26]

2. Sobre la necesidad de que el menor esté físicamente presente en un Estado miembro para considerar que tiene su residencia habitual en él (primera cuestión prejudicial)

a) Consideraciones introductorias

41. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente solicita, en esencia, que se determine si para que un menor resida habitualmente en un Estado miembro en el sentido del artículo 8, apartado 1, del Reglamento Bruselas II *bis*, es preciso que haya estado físicamente presente en él en el pasado, incluso durante un período limitado.

42. Según se desprende de la resolución de remisión, esta pregunta tiene como telón de fondo el debate jurídico que se suscitó en la Supreme Court of the United Kingdom (Tribunal Supremo del Reino Unido) en el marco de un litigio cuyos hechos se asemejaban a los controvertidos en el presente procedimiento. En el asunto A v A (Children: Habitual Residence), [27] dicho órgano jurisdiccional debía pronunciarse sobre la residencia habitual de un menor nacido en Paquistán que nunca había estado en

24 Ya cuando se adoptó el Convenio de La Haya de 1961, se privilegió el criterio de la residencia habitual del menor frente al de la nacionalidad, que tradicionalmente había determinado la competencia en materia de estatuto de las personas pero se consideró obsoleto, y frente al del domicilio, que constituye un concepto jurídico que se define de distinta forma en las diferentes legislaciones nacionales. La residencia habitual se consideraba un «criterio fáctico» que se corresponde con el «centro de vida efectivo del menor» [informe explicativo de M.W. de Steiger, Actos y documentos de la sesión IX (1960), tomo IV, p. 9, 13 y 14]. Los trabajos preparatorios del Convenio de La Haya de 1980 insisten en que la residencia habitual, a diferencia de lo que ocurre con el concepto de «domicilio», constituye un «concepto de puro hecho» (informe Pérez-Vera, apartado 66). En el marco de los trabajos preparatorios del Convenio de La Haya de 1996 se rechazó la propuesta de que se incluyera una definición de este concepto pues con ello se habría corrido el riesgo de perturbar la interpretación de muchos otros convenios que recurrían al mismo término [informe explicativo de P. Lagarde, Actas y documentos de la sesión XVIII (1996), tomo II, apartado 40]. Esos informes también están disponibles en el sitio de Internet https://www.hcch.net/es/instruments.

25 Véanse, a este respecto, las conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas en el asunto A (C-523/07, EU:C:2009:39), puntos 26 y 30.

26 En este sentido, me sumo a los órganos jurisdiccionales británicos y canadienses, cuya jurisprudencia relativa al Convenio de La Haya de 1980 contiene numerosas referencias a las decisiones de órganos jurisdiccionales de otros Estados firmantes de ese Convenio y del Tribunal de Justicia. Véanse, en particular, las sentencias de la Cour Suprême du Canada (Tribunal Supremo de Canadá), en el asunto Balev, 2018 SCC 16, apartados 40 a 57 y de la Supreme Court of the United Kingdom (Tribunal Supremo del Reino Unido), en el asunto A v A (Children: Habitual Residence), [2013] UKSC 60, apartados 46 y ss.

27 [2013] UKSC 60.

territorio del Reino Unido. Su madre, tras haber residido varios años en Reino Unido, donde ya había tenido tres hijos, viajó a Paquistán antes de concebir su cuarto hijo con la intención de realizar una visita temporal. Posteriormente fue retenida junto con sus tres primeros hijos por el padre, que les había arrebatado los pasaportes, y se vio obligada a dar a luz allí a su cuarto hijo.

43. La mayoría de los magistrados de dicho tribunal, encabezada por Lady Hale, basándose en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual la residencia habitual del menor constituye un concepto de hecho,[28] se inclinaba a pensar que la presencia física del menor en el Reino Unido constituía un requisito previo para determinar que tuviera en él su residencia habitual. Sin embargo, al considerar que no podía resolverse esa cuestión sin que el Tribunal de Justicia formulara antes determinadas aclaraciones con carácter prejudicial, la mayoría de los magistrados dejó la cuestión abierta y basó la competencia de los órganos jurisdiccionales británicos en otro criterio de competencia, a saber, la competencia *parens patriae*.[29] En un voto particular, aplicando asimismo el planteamiento fáctico adoptado por el Tribunal de Justicia, Lord Hughes estimó que el menor residía habitualmente en el Reino Unido dado que los miembros de la familia de la que formaba parte estaban suficientemente establecidos en su territorio para considerar que tenían en él su residencia habitual, y que el menor no estaba en él exclusivamente a raíz de las presiones ejercidas por el padre.[30]

44. La problemática que plantea la primera cuestión prejudicial también se ha sometido a la consideración de los órganos jurisdiccionales franceses. La Cour de cassation (Tribunal de Casación, Francia) se ha pronunciado en un asunto en el que una madre que residía en los Estados Unidos de América con el padre y su primer hijo, había acudido a Francia embarazada de su segundo hijo para realizar una visita familiar temporal. Posteriormente la madre permaneció en territorio francés, dio allí a luz a su segundo hijo, y decidió unilateralmente no restituir a los menores a Estados Unidos. En esas circunstancias, la Cour de cassation (Tribunal de Casación, Francia) estimó que ambos menores residían habitualmente en los Estados Unidos de América pese a que el bebé nunca había estado allí.[31]

45. Aunque ha subrayado en diversas ocasiones que la presencia física *no basta* para fundamentar la residencia habitual de un menor, a mi entender el Tribunal de Justicia no ha resuelto aún si la presencia física en un Estado determinado constituye un requisito *necesario* a tal efecto.[32] En un primer momento, recordaré esa jurisprudencia y el criterio jurídico que se deriva de ella [sección b)]. En una segunda etapa, expondré las razones por las que considero, a la luz de los principios derivados de la jurisprudencia existente y de los objetivos y del contexto del Reglamento Bruselas II *bis*, que la presencia física del menor en un Estado determinado no constituye un requisito previo para que tenga su residencia habitual en ese Estado [sección c)].

b) Sobre el criterio desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

46. A lo largo de sus sentencias, el Tribunal de Justicia ha desarrollado y delimitado un criterio que permite determinar la residencia habitual del menor sobre la base de un planteamiento fundamentalmente fáctico y casuístico. De este modo ha pretendido concretar el criterio de proximidad adoptado por el legislador en aras del interés superior del menor.

28 Véanse los puntos 47 y ss. de las presentes conclusiones.

29 [2013] UKSC 60, apartados 55 a 58.

30 Véase, en particular, [2013] UKSC 60, apartados 82 a 93. Por otro lado, el órgano jurisdiccional remitente consideró, en circunstancias similares a las controvertidas en el asunto A v A (Children: Habitual Residence), que un menor tenía su residencia habitual en el Reino Unido aunque nunca hubiera «pisado» su territorio. Véase la sentencia de la High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Tribunal Superior de Inglaterra y País de Gales, Sala de Familia) en el asunto B v H (Habitual Residence: Wardship) [2002] 1 FLR 388.

31 Sentencia nº 10-19.905 de la Cour de cassation (Tribunal de Casación, Francia), Sala 1.ª de lo Civil, de 26 de octubre de 2011 (Bulletin 2011, I, n.º 178).

32 Véanse los puntos 47 y 54 a 63 de las presentes conclusiones.

47. Según reiterada jurisprudencia, la residencia habitual del menor se encuentra donde este tiene «una cierta integración en un entorno social y familiar» [33] o, conforme a la expresión utilizada en la reciente sentencia HR, con «el lugar en el que se sitúa, en la práctica, su centro de vida». [34] Al aplicar ese criterio jurídico, los órganos jurisdiccionales nacionales deben efectuar una apreciación fáctica a efectos de determinar dicho lugar a la luz de todas las circunstancias propias de cada caso. A este respecto, «además de la presencia física del menor en un Estado miembro, deben tenerse en cuenta otros factores que puedan indicar que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional y que la residencia del menor se traduce en tal integración en un entorno social y familiar» [35] —o, conforme a los términos empleados en la sentencia Mercredi, «cierta estabilidad o regularidad». [36]

48. Entre esos factores figuran, en particular, la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia del menor en el o los Estados miembros en cuestión, la nacionalidad del menor, [37] el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en ese o en esos Estados miembros. [38] La intención de los padres sobre el lugar de residencia del menor, expresada a través de circunstancias externas (como la compra o alquiler de una vivienda) constituye un indicio adicional. [39] El peso relativo de esos elementos depende de las circunstancias propias de cada caso concreto. [40]

49. Al aplicar ese criterio a efectos de identificar la residencia habitual de un lactante, [41] el Tribunal de Justicia reconoció por primera vez en la sentencia Mercredi [42] que la evaluación de la integración del menor en un entorno social y familiar no puede prescindir de las circunstancias de la estancia de las personas de las que depende. El Tribunal de Justicia ha señalado que el entorno en el que evoluciona un menor de corta edad es, en esencia, un entorno familiar, determinado por la persona o las personas de referencia con las que vive, que lo guardan efectivamente y cuidan de él [43] —por lo general sus padres—. [44] En consecuencia, cuando el menor convive diariamente con sus padres, para determinar su residencia es preciso determinar el lugar en que estos se encuentran integrados y con carácter estable en un entorno social y familiar. [45]

33 Véanse, en particular, las sentencias de 2 de abril de 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225), apartado 38; de 22 de diciembre de 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829), apartado 47, y de 8 de junio de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436), apartado 42.

34 Sentencia de 28 de junio de 2018 (C-512/17, EU:C:2018:513), apartado 42. Véanse también las conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas en el asunto A (C-523/07, EU:C:2009:39), punto 38. Ese criterio coincide con el de «centro de vida efectivo del menor» que se manejó en los trabajos preparatorios del Convenio de La Haya de 1961 (véase la nota 24 de las presentes conclusiones).

35 Sentencias de 2 de abril de 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225), apartado 38, y de 9 de octubre de 2014, C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268), apartado 51. Véanse, asimismo, las sentencias de 22 de diciembre de 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829), apartado 49; de 8 de junio de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436), apartado 43, y de 28 de junio de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513), apartado 41.

36 Sentencia de 22 de diciembre de 2010 (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829), apartado 44.

37 Este criterio se enfrenta a la objeción de que la nacionalidad del menor constituye un vínculo de conexión autónomo, de carácter jurídico, que los autores de los Convenios de La Haya (en los que se inspira el Reglamento Bruselas II *bis*) pretendieron precisamente excluir privilegiando el criterio fáctico de la residencia habitual del menor (véase la nota 24 de las presentes conclusiones). Véase Lamont, R., comentario a la sentencia de 2 de abril de 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225), *Common Market Law Review*, 47, 2010, p. 241. Desde esa perspectiva, la nacionalidad del menor únicamente entra en juego si constituye un indicio que refleja la realidad social del entorno del menor. Véase, en ese sentido, la sentencia de 28 de junio de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513), apartados 57 a 60.

38 Véanse, en el mismo sentido, las sentencias de 2 de abril de 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225), apartado 39, y de 28 de junio de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513), apartado 43.

39 Véanse las sentencias de 2 de abril de 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225), apartado 40; de 22 de diciembre de 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829), apartado 50; de 8 de junio de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436), apartado 46, y de 28 de junio de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513), apartado 46.

40 Véanse, en ese sentido, las sentencias de 8 de junio de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436), apartado 48, y de 28 de junio de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513), apartado 49.

41 Según el diccionario Larousse, el concepto de «nourrisson» (lactante) designa al menor una vez transcurrido el período neonatal y hasta la edad de dos años, mientras que el «nouveau-né» (recién nacido) se extiende a los niños de un máximo de 28 días de edad. Por comodidad, utilizaré el término «lactante» para referirme a esas dos categorías de niños de corta edad. La pequeña en ese procedimiento era una lactante en el momento en que se presentó la petición de decisión prejudicial.

42 Sentencia de 22 de diciembre de 2010 (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829).

43 Sentencia de 22 de diciembre de 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829), apartados 52 a 54. Véase, asimismo, la sentencia de 8 de junio de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436), apartado 45.

44 Sentencia de 28 de junio de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513), apartado 44.

45 Véase la sentencia de 28 de junio de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513), apartado 45.

50. Ese lugar debe identificarse teniendo en cuenta una lista no exhaustiva de indicios de la misma naturaleza que los que ponen de manifiesto la integración del menor en ese entorno. Tales indicios incluyen la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia del menor en el o los Estados miembros en cuestión, sus conocimientos lingüísticos, sus orígenes geográficos y familiares así como las relaciones familiares y sociales que mantiene.[46] La intención de los padres de establecerse con el menor en un lugar determinado se tiene en cuenta en la medida en la que traduce la integración de los padres (y, por tanto, del menor) en un entorno social y familiar.[47] Desde esa perspectiva, la intención de los padres constituye un factor que, aun siendo importante, no es necesariamente decisivo.[48] El peso que se atribuye a los aspectos relativos a la integración de los padres va en función del grado de dependencia del menor respecto de sus padres, que varía en función de su edad.

51. La lógica de este planteamiento se percibe con mayor claridad cuando lo que se trata de determinar es la residencia habitual de un recién nacido. Si únicamente se tuvieran en cuenta los elementos objetivos relativos a la integración lograda durante la estancia del menor en un determinado lugar, ningún recién nacido tendría residencia habitual al no haber tenido, por definición, tiempo para integrarse en ningún lugar. Ello tendría como consecuencia que ningún recién nacido estaría protegido por el mecanismo de restitución previsto por el Convenio de La Haya de 1980 y completado por el Reglamento Bruselas II *bis*.

52. De esta exposición se desprende que el Tribunal de Justicia ha desarrollado un planteamiento denominado «híbrido», según el cual la residencia habitual del menor se determina sobre la base de factores objetivos que caracterizan la estancia del menor en un lugar determinado, por un lado, y de las circunstancias que rodean la estancia de sus padres y de sus intenciones sobre el lugar de residencia del menor, por otro. Aunque el concepto de «residencia habitual» se centra en el menor, puesto que designa el lugar en el que este tiene, en la práctica, su centro de vida, ese lugar dependerá a su vez, en una medida variable en función de la edad del menor, de aquel en el que se sitúa el centro de vida efectivo de sus padres y en el que estos tienen la intención de educarle.

53. Como ha subrayado el órgano jurisdiccional de última instancia de Canadá,[49] apoyándose en numerosas sentencias dictadas en los Estados firmantes del Convenio de La Haya de 1980, el enfoque híbrido, preferible al basado en la mera «aclimatación» del menor[50] y al que atribuye un peso preponderante a la intención de los padres,[51] refleja actualmente una tendencia que se deriva de la jurisprudencia relativa a ese convenio a nivel internacional.

46 Sentencias de 8 de junio de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436), apartado 45, y de 28 de junio de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513), apartado 45. Véase, asimismo, la sentencia de 22 de diciembre de 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829), apartados 55 y 56.

47 Véase, en ese sentido, la sentencia de la Supreme Court of the United Kingdom (Tribunal Supremo del Reino Unido) en el asunto Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence) [2013] UKSC 75, apartado 23: «it is clear that parental intent does play a part in establishing or changing the habitual residence of a child: not parental intent in relation to habitual residence as a legal concept, but parental intent in relation to the reasons for a child's leaving one country and going to stay in another».

48 Véanse las sentencias de 8 de junio de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436), apartados 47 y 50, y de 28 de junio de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513), apartado 64.

49 Véase la sentencia de la Cour Suprême du Canada (Tribunal Supremo de Canadá) de 20 de abril de 2018 dictada en el asunto Balev, 2018 SCC 16, apartados 50 a 57.

50 Véanse las sentencias de la United States Court of Appeals, 6th Circuit (Tribunal de Apelación, 6.º circuito, Estados Unidos de América), en los asuntos Friedrich v. Friedrich, 78 F.3d 1060 (1996) y Robert v. Tesson, 507 F.3d 981 (2007) y de la Cour d'appel de Montréal (Tribunal de Apelación de Montreal, Canadá), de 8 de septiembre de 2000, n.º 500-09-010031-003.

51 Véanse, en particular, las sentencias de la United States Court of Appeals, 9th Circuit (Tribunal de Apelación, 9. circuito, Estados Unidos de América), en el asunto Mozes v Mozes, 239 F 3d 1067 (2001) y de la United States Court of Appeals, 11th Circuit (Tribunal de Apelación, 11.º circuito, Estados Unidos de América), en el asunto Ruiz v. Tenorio, 392 F.3d 1247 (2004).

c) Sobre las enseñanzas que pueden extraerse de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el carácter indispensable o no de la presencia física

1) Sobre la afirmación de que el Tribunal de Justicia ya ha resuelto la cuestión

54. Ninguna de las partes interesadas discute que, en la práctica, la apreciación global de las circunstancias de cada caso concreto suele llevar por lo general a la conclusión de que el centro de vida efectivo del menor —y, por ende, su residencia habitual— se sitúa en un lugar en el que ya ha estado físicamente presente. Sin embargo, UD, el Gobierno del Reino Unido y el Gobierno Checo opinan, en contra de lo que afirman XB y la Comisión, que en determinados supuestos excepcionales, esa apreciación global puede justificar que se considere que el menor reside habitualmente en un lugar en el que nunca ha estado.

55. A este respecto, como han alegado XB y la Comisión, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, antes expuesta, contiene algunos pasajes que, a primera vista, parecen abogar en favor de la conclusión de que, para establecer la residencia habitual de un menor en un Estado miembro, es preciso que haya estado en él físicamente. Sin embargo, la lectura de estos pasajes en su contexto aconseja ser prudentes a la hora de extraer esa conclusión.

56. En primer lugar, la utilización reiterada de la expresión «además de la presencia física […]»,[52] que precede a la enumeración de otros factores, podría llevar a pensar que ese elemento constituye un ingrediente necesario para fundamentar la residencia habitual del menor. Sin embargo, a la luz de los hechos de los asuntos de que ha conocido, el Tribunal de Justicia nunca ha examinado específicamente la cuestión relativa al carácter indispensable o no de la presencia física. Como aducen UD y el Gobierno del Reino Unido, la única enseñanza que cabe extraer de la utilización de esa expresión es que la presencia física *no basta* para fundamentar la residencia habitual del menor. No puede concluirse que ese elemento sea *necesario* para dicho fin.

57. En segundo lugar, tampoco es concluyente el pasaje de la sentencia W y V[53] según el cual «la determinación de la residencia habitual de un menor en un Estado miembro específico requiere, como mínimo, que el menor haya estado físicamente presente en [él]». En efecto, ese inciso debe interpretarse a la luz del contexto fáctico del asunto que dio lugar a dicha sentencia. Uno de los padres alegaba que el menor residía habitualmente en Lituania aunque en realidad su nacionalidad constituía el único vínculo de conexión con ese Estado miembro. En esas circunstancias, el Tribunal de Justicia declaró que la nacionalidad de un Estado miembro no puede compensar la inexistencia de cualquier vínculo de conexión tangible con ese Estado miembro que el menor no «ha pisado» jamás.[54] No se planteó al Tribunal de Justicia la cuestión de si esos vínculos, cuando existen, pueden compensar en determinados casos la ausencia física del Estado miembro de que se trata.

58. Por último, la sentencia OL[55] tampoco respalda la tesis formulada por XB y la Comisión. El asunto en el que se dictó la sentencia concernía al hijo de una madre griega y de un padre italiano que residían ambos en Italia antes de su nacimiento. Según el padre, ambos habían convenido que el menor naciera en Grecia y que el niño y la madre regresaran luego a Italia para establecerse allí, plan que la madre se negó a cumplir. El padre alegaba ante los órganos jurisdiccionales griegos que la madre retenía ilícitamente al menor en un Estado miembro (Grecia) distinto del de su residencia

52 Véase el punto 47 de las presentes conclusiones.

53 Sentencia de 15 de febrero de 2017 (C-499/15, EU:C:2017:118), apartado 61.

54 Véase, a este respecto, la nota 37 de las presentes conclusiones.

55 Sentencia de 8 de junio de 2017 (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436).

habitual inmediatamente antes de su no restitución (Italia) conforme al artículo 11, apartado 1, del Reglamento Bruselas II *bis*. En consecuencia, el órgano jurisdiccional debía examinar si el menor residía habitualmente en Italia en el momento pertinente pese a no haber estado nunca en territorio italiano.

59. En ese contexto, dicho órgano jurisdiccional preguntó al Tribunal de Justicia si la presencia física del menor en un Estado miembro constituía, en todo caso, un requisito previo para establecer en él su residencia habitual. Si el Tribunal de Justicia hubiera considerado que la jurisprudencia anterior ya respondía en sentido afirmativo a esa cuestión, podría haberse limitado a indicárselo al órgano jurisdiccional nacional, lo que le habría permitido resolver fácilmente el procedimiento de que conocía. Por lo demás, el Abogado General Wahl había propuesto al Tribunal de Justicia que siguiera ese camino [56] sobre la base, en particular, de lo dispuesto en la sentencia W y V. [57]

60. No obstante, el Tribunal de Justicia reformuló la cuestión prejudicial para evitar resolverla con carácter general y abstracto, brindando en cualquier caso ayuda al órgano jurisdiccional remitente para resolver el litigio de que conocía. [58] En particular, el Tribunal de Justicia se centró concretamente en el supuesto, objeto de ese litigio, en el que el menor nace y reside de forma ininterrumpida con su madre durante varios meses fuera del Estado miembro en el que residían habitualmente antes de su nacimiento y conforme a la voluntad común de estos. Examinó si, en tal situación, la intención inicial de los padres en cuanto al regreso de la madre con el menor a ese Estado miembro es un factor preponderante para considerar que dicho menor tiene en él su residencia habitual independientemente de que nunca haya estado físicamente presente en él.

61. En respuesta a la cuestión reformulada en estos términos, por un lado el Tribunal de Justicia se limitó a negarse a establecer una regla general en el sentido de que la intención común de los titulares de la responsabilidad parental sobre la restitución del menor a un Estado miembro prevalece automáticamente sobre la presencia física del menor en otro Estado miembro. No existe pues una regla absoluta según la cual la residencia del menor siga necesariamente la de sus padres y no pueda ser modificada unilateralmente por uno de los progenitores titulares de la responsabilidad parental en contra de la voluntad del otro. [59]

62. Por otro lado, el Tribunal de Justicia examinó si las circunstancias que el órgano jurisdiccional nacional había sometido a su consideración permitían considerar que el menor residía habitualmente en el Estado miembro en el que sus padres tenían inicialmente la intención de vivir con él (Italia) — ejercicio que el Tribunal de Justicia podría haber considerado superfluo en caso de que hubiera estimado que estaba claro que la ausencia física del menor de Italia bastaba para excluir que residiera allí habitualmente—. Al término de ese análisis, el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que el menor no residía en territorio italiano dado que había nacido y permanecido varios meses en Grecia por voluntad común de sus padres. [60] No excluyó que, en otras circunstancias, en particular cuando el lugar de nacimiento no responde a la voluntad común de los padres, un órgano jurisdiccional nacional pueda verse obligado a declarar que, a la luz de todos los factores pertinentes, el centro de vida efectivo del menor se sitúa en un Estado miembro en el que nunca ha estado.

56 Sentencia de 15 de febrero de 2017 (C-499/15, EU:C:2017:118).

57 Conclusiones presentadas en el asunto OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:375), puntos 57 y 61. En los puntos 81 a 83, el Abogado General Wahl matiza no obstante su posición al considerar que no cabe excluir el criterio de la presencia física en circunstancias excepcionales, siempre que exista un vínculo de conexión tangible con un Estado miembro en el que el menor no haya estado nunca. Tal vínculo debería basarse, en pro del interés superior del menor, en «indicios fuertes y reales» que pudiesen predominar sobre el criterio de presencia física.

58 Sentencia de 8 de junio de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436), apartado 35.

59 Sentencia de 8 de junio de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436), apartados 50 y ss.

60 Sentencia de 8 de junio de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436), apartados 49 y 50.

2) Sobre la elección del planteamiento más acorde con la jurisprudencia y a los objetivos del artículo 8, apartado 1, del Reglamento Bruselas II bis

63. Dado que el Tribunal de Justicia no ha resuelto aún la cuestión del carácter indispensable o no de la presencia física en un Estado miembro a efectos de fundamentar la residencia habitual del menor, procede estudiar con cuál de las soluciones propuestas por las partes interesadas se cohonesta en mayor medida el planteamiento fáctico adoptado en la jurisprudencia junto con el criterio de proximidad enunciado por el legislador.

64. Según UD, el Gobierno del Reino Unido y el Gobierno Checo, la naturaleza fáctica del concepto de «residencia habitual del menor» no encaja con un principio según el cual la presencia física en un Estado miembro constituye una condición *sine qua non* para que esté establecida en él la residencia habitual del menor, con independencia del examen de otras circunstancias pertinentes. Dichas partes subrayan, en particular, la importancia de los factores relativos a la integración del progenitor que tenga la custodia efectiva de un menor de corta edad. XB y la Comisión estiman, por el contrario, que dado que, por definición, un menor no puede estar integrado en un lugar en el que nunca ha estado, establecer en él su residencia habitual constituiría una ficción incompatible con la naturaleza fáctica del concepto de que se trata.

65. Desde mi punto de vista, el primer planteamiento es más compatible con el enfoque fáctico adoptado por el Tribunal de Justicia. Tomar la falta de presencia física como criterio dirimente supondría crear un criterio jurídico de segundo grado en la medida en la que, de no cumplirse el requisito previo de la presencia física del menor, no podrían examinarse los demás factores pertinentes. Un principio general y abstracto de este tipo conllevaría perder la flexibilidad que permite materializar el criterio de proximidad en pro del interés superior del menor. En efecto, según la jurisprudencia antes expuesta, ese criterio guarda relación, no ya con la mera proximidad geográfica entre el menor y un lugar determinado, sino con la proximidad entre el menor y un entorno social y familiar situado en un lugar determinado.

66. Es preciso adoptar un planteamiento flexible, en particular para abordar el caso específico de los lactantes que nacen y residen en un país distinto de aquel en el que sus padres tienen, a consecuencia de sus lazos familiares y sociales, el centro efectivo de sus vidas. Procede recordar, a este respecto, que el Tribunal de Justicia ha admitido que habida cuenta de que, por definición, los lactantes no han podido crear lazos efectivos con ningún lugar con independencia de sus padres, el centro de la vida efectivo de los lactantes depende, en la práctica, del de sus padres.[61] Desde mi punto de vista, ignorar esa realidad social y familiar arrojaría resultados mucho más artificiales que reconocer que, en esas circunstancias excepcionales, un lactante puede tener su residencia habitual en un lugar en el que nunca ha estado nunca físicamente presente.

67. La determinación de la residencia habitual del lactante exige pues tener en cuenta no solo los parámetros objetivos que rodean la estancia del menor en el país en el que se encuentra, sino también los indicios de la integración del progenitor o de los progenitores de los que depende en un entorno social y familiar en otro país. En este contexto, de particular importancia resultan las circunstancias que originaron que el lactante y el progenitor o los progenitores de los que depende se encuentren en el primer país —y, correlativamente, su ausencia del segundo país— con ocasión de su nacimiento y durante su breve existencia.

61 Véanse los puntos 49 y 50 de las presentes conclusiones.

68. En mi opinión, cuando circunstancias ajenas a la voluntad del progenitor o de los progenitores de los que depende, como casos fortuitos o de fuerza mayor, obligan a que el lactante nazca y resida fuera del Estado en el que está establecida de forma estable y regular la célula familiar a la que pertenece, creada por ese o esos progenitores y que, en su caso, puede incluir a otros miembros, el lactante tendrá su residencia habitual en ese Estado. El centro de la vida del lactante se sitúa, en la práctica, en el lugar en el que se integraría en esa célula familiar y en el que ya debería estar de no ser por esas circunstancias ajenas a la voluntad del progenitor o progenitores.

69. Para ilustrar mi afirmación, puede ponerse un ejemplo inspirado en los expuestos por la Supreme Court of the United Kingdom (Tribunal Supremo del Reino Unido) en el asunto A v A (Children: Habitual Residence) [62] y en las observaciones del Gobierno checo y del Gobierno del Reino Unido. Imaginemos que una pareja establecida de forma estable y habitual en Alemania va de vacaciones a Francia, donde la madre se ve obligada a dar a luz de forma prematura. ¿Debería entenderse que inmediatamente después de su nacimiento el menor reside habitualmente donde residen sus padres (y, en su caso, sus hermanos y hermanas mayores), donde se entiende que va a residir y donde quizá ya le espera su cuna (es decir, Alemania), o que antes de acudir a Alemania, ese niño carece de residencia habitual? [63]

70. No cabe duda, a mi juicio de que la conclusión de que el menor tiene su residencia habitual en Alemania inmediatamente después de su nacimiento refleja más fielmente la realidad de la integración del menor en un entorno social y familiar. [64]

71. Estas consideraciones operan, desde luego, sin perjuicio de la posibilidad de que la residencia habitual del menor se desplace por el transcurso del tiempo y el cambio de circunstancias objetivas. Pues bien, aunque el niño que ha nacido de forma inesperada fuera del Estado en el que está establecida la célula familiar a la que pertenece tiene su residencia habitual en ese Estado, dicha conclusión solo es válida en tanto en cuanto la estancia del menor en el Estado de su nacimiento y los lazos culturales y sociales que se derivan de ella no desvirtúen esa circunstancia por tener ese menor, en la práctica, su centro de vida en ese segundo Estado. Con el transcurso del tiempo, la realidad de los vínculos del menor con el Estado en el que debería haberse integrado en un entorno social y familiar se desdibujan hasta constituir una ficción.

72. Por otro lado, la interpretación que promuevo no obsta al hecho de que, *en la mayoría de los casos*, la residencia habitual del menor coincide con un lugar en el que ha estado físicamente presente. Simplemente implica que la determinación de la residencia habitual del menor debe reflejar la realidad de su integración en un entorno social y familiar y no estar limitada por normas jurídicas rígidas. En el supuesto concreto de los lactantes, la apreciación del conjunto de las circunstancias de cada caso puede llevar a estimar que el menor tiene, en la práctica, su centro de vida en un país en el que nunca ha estado.

62 [2013] UKSC 60, apartado 42.

63 Procede excluir, de partida, la tercera alternativa en el sentido de que el menor reside habitualmente en Francia por el mero hecho de encontrarse allí desde su nacimiento, por cuanto que esa presencia fortuita no tiene la estabilidad y habitualidad que se exigen para acreditar la residencia habitual del menor.

64 A diferencia de lo que sugirió el Abogado General Wahl en sus conclusiones presentadas en el asunto OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:375), punto 85, el planteamiento que propugno no supone admitir que el menor pueda disponer de residencia habitual antes de su nacimiento ni, por tanto, que un niño no nacido esté comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II *bis*. Este planteamiento se limita a reflejar la realidad social conforme a la cual un lactante no puede estar integrado en un entorno familiar y social autónomo y desvinculado del de las personas que lo cuidan a diario.

73. Diversos magistrados de la Supreme Court of the United Kingdom (Tribunal Supremo del Reino Unido) han formulado observaciones muy esclarecedoras al respecto. En varias ocasiones han señalado que, aunque no debe someterse la ponderación de los factores que permiten determinar la residencia habitual del menor a normas jurídicas, puede ser útil delimitar dicha ponderación mediante «generalizaciones fácticas». Dicho de otro modo, algunas afirmaciones suelen ajustarse por lo general, si bien no invariablemente, a la situación fáctica en la que se encuentra el menor. [65]

74. Así sucede con la afirmación de que la residencia habitual del lactante se deriva de la del progenitor o los progenitores de los que depende, [66] y de la constatación, en particular, de que la residencia habitual del menor presupone una cierta presencia física en el país de que se trata. [67] El hecho de que esas dos proposiciones puedan entrar en conflicto (como refleja el ejemplo antes citado) pone en evidencia que es imposible atribuirles la condición de normas jurídicas absolutas.

75. Desde mi punto de vista, esa conclusión no queda desvirtuada por eventuales consideraciones relativas a la exigencia de previsibilidad, seguridad jurídica y uniformidad de las soluciones en el seno de la Unión.

76. En primer lugar, el método indiciario adoptado en reiterada jurisprudencia emanada desde la sentencia A [68] lleva necesariamente consigo un cierto riesgo de heterogeneidad de las soluciones adoptadas por los distintos órganos jurisdiccionales en caso similares, corolario de la facultad de apreciación que se atribuye a los jueces nacionales. [69] Este «precio a pagar» se suele aceptar en orden a obtener la flexibilidad necesaria para concretar, en el interés superior del menor, el criterio de la proximidad con su entorno social y familiar. No creo que exista ninguna razón por la que, frente a todos los demás casos, deban abordarse de forma inflexible los casos específicos de los lactantes que nacen y permanecen en un país distinto de aquel en el que, de hecho, se sitúa el centro de la vida de sus padres —únicos supuestos en los que, en la práctica, cabe que un menor resida habitualmente en un Estado miembro en el que nunca ha estado—.

77. A continuación, no me convence la alegación de la Comisión de que no es necesario adoptar un planteamiento flexible en este tipo de situaciones siempre que el menor se encuentre en un Estado miembro. La Comisión señala que, a falta de residencia habitual, el artículo 13 del Reglamento Bruselas II *bis* prevé un criterio de competencia subsidiario basado en la presencia del menor. Sin embargo, ha de señalarse que ese criterio de competencia, al reflejar únicamente la dimensión geográfica del criterio de proximidad, no tiene carácter estable —de ahí su carácter subsidiario—. [70] Pues bien, la aplicación del artículo 13 de ese Reglamento se limita a los supuestos excepcionales en

65 Véase el asunto A v A (Children: Habitual Residence), [2013] UKSC 60, apartados 44 (sentencia) y 73 a 75 y 83 y 84 (voto particular). Véase también la sentencia dictada en el asunto Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence) [2013] UKSC 75, apartado 21.

66 Véanse la sentencia de 8 de junio de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436), apartado 50, y la sentencia dictada en el asunto Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence) [2013] UKSC 75, apartado 21: «the proposition […] that a young child in the sole lawful custody of his mother will necessarily have the same habitual residence as she does, is to be regarded as a helpful generalisation of fact, which will usually but not invariably be true, rather than a proposition of law». Véase también la sentencia de la Supreme Court of the United States (Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América), en el asunto Delvoye v. Lee, 2003 U.S. LEXIS 7737: «There is general agreement on a theoretical level that because of the factual basis of the concept there is no place for habitual residence of dependence. However, in practice it is often not possible to make a distinction between the habitual residence of a child and that of its custodian».

67 Véase, a este respecto, el voto particular de Lord Hugues en el asunto A v A (Children: Habitual Residence), [2013] UKSC 60, apartado 92.

68 Sentencia de 2 de abril de 2009 (C-523/07, EU:C:2009:225).

69 El artículo 19, apartado 2, del Reglamento Bruselas II *bis* permite, sin embargo, evitar los conflictos de competencia. Dicha disposición establece que «cuando se presentaren demandas relativas a la responsabilidad parental sobre un menor que tengan el mismo objeto y la misma causa ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere presentado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera».

70 Véanse, en ese sentido, las conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas en el asunto A (C-523/07, EU:C:2009:39), puntos 20 y 21.

los que resulta imposible establecer la residencia habitual del menor.[71] Es más, como ha subrayado el Gobierno del Reino Unido, esa problemática tiene una importancia práctica aún más fundamental en lo que respecta al procedimiento de restitución. En efecto, en caso de que, en el ejemplo antes citado, uno de los progenitores se negara a regresar a Alemania con el recién nacido, dicho procedimiento únicamente podría iniciarse si se considerase que el menor reside en ese Estado de forma habitual.

78. Por último, dudo que una regla conforme a la cual la residencia del menor debe implicar necesariamente su presencia física genere algún tipo de beneficio en lo que respecta a la seguridad jurídica. En efecto, los progenitores, residentes en Alemania, del menor nacido en Francia por fuerza mayor podrían esperar legítimamente que los órganos jurisdiccionales alemanes se pronunciasen sobre cualquier litigio en materia de responsabilidad parental. Desde su punto de vista, una norma que imponga que esos órganos jurisdiccionales se declaren incompetentes por el mero hecho de que el menor aún no esté en Alemania por una circunstancia imprevisible e involuntaria sería fuente de inseguridad jurídica.[72]

79. A la luz de todo lo anterior, no cabe atribuir automáticamente un peso decisivo al criterio de la presencia física sin tener en cuenta las particularidades del asunto. La presencia física del menor en un Estado miembro no constituye por tanto un requisito previo para considerar que reside en él habitualmente en el sentido del artículo 8, apartado 1, del Reglamento Bruselas II *bis*.

3. Sobre la incidencia de las presiones a efectos de determinar la residencia habitual del menor (segunda cuestión prejudicial)

a) Consideraciones introductorias

80. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia en qué medida influye que, según alega la madre, esta haya sido engañada por el padre para viajar a un tercer país y haya sido posteriormente retenida ilegalmente por él, de modo que se ha visto obligada a dar a luz en dicho país, cuando se trata de determinar si un menor reside habitualmente en un Estado miembro aunque no haya estado nunca físicamente presente en él. Dicho órgano jurisdiccional añade que esa situación puede implicar la vulneración de los derechos fundamentales de la madre y de la menor consagrados en los artículos 3 y 5 del CEDH, reproducidos por los artículos 4 y 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»).

81. Mediante esa pregunta se insta al Tribunal de Justicia a precisar la importancia que tiene que la presencia de la madre y de la menor en Bangladés en el momento en el que se presentó el escrito de demanda —y, correlativamente, su ausencia del Reino Unido— haya sido exclusivamente consecuencia de las presiones ejercida por el padre. Según la resolución de remisión que UD aduce, en esencia, que

71 Sentencia de 2 de abril de 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225), apartado 43. El artículo 13 del Reglamento Bruselas II *bis* hace referencia, en particular, a los supuestos excepcionales de ciertas mudanzas en el marco de las cuales, durante un período transitorio, el menor ha perdido su residencia habitual en su lugar de origen, sin haber adquirido aún una residencia habitual en el Estado de acogida. Véanse las conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas en el asunto A (C-523/07, EU:C:2009:39), punto 45 y la «Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II *bis*» de la Comisión (disponible en el sitio de Internet https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/f7d39509-3f10-4ae2-b993-53ac6b9f93ed, p. 29).

72 Además, en este tipo de casos, esa norma privaría al juez de la posibilidad de extraer una conclusión simple sobre la residencia habitual del menor a la luz de todas las circunstancias pertinentes.

su intención inicial y, a su entender, compartida con XB (cotitular, junto con UD, de la responsabilidad parental) en el momento de su salida hacia Bangladés, era dar a luz y residir con la menor en el Reino Unido.[73] Sin embargo, las presiones ejercidas por XB impidieron que esa intención pudiera materializarse.

82. Por desgracia, esas circunstancias no constituyen un caso excepcional y aislado. Como ha señalado el Gobierno del Reino Unido, constituyen un fenómeno que ya se ha observado y que, además, ya ha sido analizado por los órganos jurisdiccionales del Reino Unido en otros asuntos.[74]

83. En un primer momento, examinaré en qué medida han de tenerse en cuenta las presiones a las que he aludido anteriormente con arreglo a los principios derivados de la jurisprudencia existente [sección b)]. En segundo lugar abordaré la cuestión de si el interés superior del menor y los derechos fundamentales consagrados en la Carta obligan a aplicar otros principios en un contexto como el controvertido en el litigio principal [sección c)].

b) Sobre la aplicación de los principios derivados de la jurisprudencia existente

84. De conformidad con el planteamiento fáctico adoptado por el Tribunal de Justicia, la circunstancia de que la madre únicamente haya alumbrado a su hijo en un tercer país y haya permanecido allí con él a consecuencia de las presiones ejercidas por el padre constituye, en mi opinión, un elemento pertinente a efectos de evaluar los vínculos del menor con el tercer país en el que se encuentra efectivamente y con el Estado miembro en el que habría nacido y residido de no ser por esas presiones.[75]

85. Por un lado, esa circunstancia está englobada en el concepto de «condiciones y razones de la permanencia» de la madre y del menor en dicho tercer país en el sentido de la jurisprudencia.[76] En este asunto, podría constituir un indicio de que la menor no reside habitualmente en Bangladés pese a que tiene forzosamente todos sus puntos de referencia en ese país, en el que está desde su nacimiento, y al que la vinculan orígenes geográficos y culturales.

86. Debido a su corta edad, el entorno de esa menor está básicamente determinado por el de la persona o las personas de las que depende —es decir, probablemente y sobre la base de los hechos expuestos en la resolución de remisión, su madre (puesto que su padre ha regresado al Reino Unido)—. Según UD, las presiones de XB le impiden decidir dónde vivir con su lactante y la obligan a permanecer en una aldea en la que la comunidad local la estigmatiza y en la que carece de las más mínimas comodidades e ingresos. Pues buen, dudo que una estancia involuntaria y precaria de la

73 Desde luego, cabe dudar de que la madre no se esperase que tuviera que dar a luz en Bangladés por cuanto que realizó el viaje a ese país cuando estaba embarazada de más de siete meses. Sin embargo, dado que el órgano jurisdiccional remitente manifiesta que debe determinar su competencia sobre la base de la alegación de la madre de que se vio obligada por el padre a dar a luz en Bangladés, basaré mi análisis en esa premisa.

74 Véanse las sentencias de la Supreme Court of the United Kingdom (Tribunal Supremo del Reino Unido) en el asunto A v A (Children), [2013] UKSC 60 y de la High Court of Justice (England &Wales), Family Division (Tribunal Superior de Inglaterra y País de Gales, Sala de Familia) en el asunto B v H (Habitual Residence: Wardship) [2002] 1 FLR 388.

75 Según se desprende de la resolución de remisión, el órgano jurisdiccional nacional debe pronunciarse sobre su competencia sobre la base de determinados hechos alegados por la madre pero que aún no se consideran probados (véanse los puntos 17 y 31 de las presentes conclusiones). Dicho esto, las observaciones que formularé en lo sucesivo tienen el propósito de brindar asistencia a dicho órgano jurisdiccional a la hora de determinar la residencia habitual de la menor en un contexto fáctico que se corresponde con esa versión de los hechos, sin perjuicio de la apreciación sobre el fondo que dicho órgano haga de ellos.

76 Véase el punto 48 de las presentes conclusiones.

madre y de la menor en un tercer Estado tenga un carácter lo suficientemente estable y regular para que pueda considerarse que la menor tiene en él su residencia habitual. ¿Cabe hablar realmente de integración en un entorno social y familiar cuando los vínculos del lactante con ese tercer país solo se han podido forjar a raíz de una situación resultante de las presiones ejercidas por su padre?[77]

87. Esas consideraciones siguen siendo pertinentes pese al hecho de que UD sea originaria de Bangladés y resida en dicho país en la aldea de su familia. En efecto, los orígenes geográficos y familiares del progenitor que ejerce la guardia y custodia del menor —al igual que los lazos culturales y familiares del menor que se derivan de ellos— no son más que uno de los factores que pueden tenerse en cuenta en el marco del análisis global de las circunstancias de cada caso.[78] Ese factor no puede ocultar otras circunstancias objetivas, como el hecho de que la madre esté retenida en Bangladés con su hija debido a las presiones ejercidas sobre ella.

88. Dicho esto, por otra parte, la consideración de que, de no ser por las presiones del padre, la menor habría nacido en el Estado miembro controvertido y habría permanecido allí después de su nacimiento no basta para fundamentar que la menor tenga su residencia habitual en ese Estado miembro. Según la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ni siquiera esa presencia física habría bastado. Sería además necesario que los vínculos efectivos entre la menor y el territorio del citado Estado miembro permitieran considerar que la menor tiene en él, en la práctica, su centro de vida.

89. Como ya he expuesto anteriormente,[79] un lactante que forma parte de una célula familiar cuyos miembros tienen el centro efectivo de su vida en un Estado miembro reside habitualmente en ese Estado aunque no haya nacido en él y aún no haya estado en su territorio por circunstancias ajenas a la voluntad del progenitor o de los progenitores de los que depende. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar, a la luz de todas las circunstancias pertinentes, si la situación controvertida en el litigio principal responde a ese supuesto. Expondré las siguientes consideraciones para orientarlo en la realización de ese ejercicio.

90. En primer lugar, habría que prestar particular atención a los *elementos que caracterizan la estancia de la madre en el Reino Unido* y los vínculos sociales y familiares que ha establecido allí. En efecto, el centro de la vida de la menor no puede estar en ese país si su madre, de la que depende, ni siquiera está integrada en un entorno social y familiar. A este respecto convendría tener en cuenta, en particular, la duración de la estancia de UD en el Reino Unido, el período de validez de su visado de cónyuge, sus conocimientos lingüísticos y sus eventuales lazos sociales y culturales en ese Estado miembro.

91. En este contexto, se plantea la cuestión de en qué medida habría que tener en cuenta la *intención* de UD que, según afirma, compartía con XB en el momento en que viajaron a Bangladés, acerca de la estancia de la menor en el Reino Unido después de su nacimiento. A este respecto ha de recordarse que la intención de los progenitores sobre el lugar de residencia del menor no prevalece necesariamente sobre los vínculos efectivos del menor con otro lugar.[80] El peso que ha de atribuirse a ese factor depende de las circunstancias de cada caso concreto.

77 En esa misma línea, algunos órganos jurisdiccionales de los Estados Unidos de América han tenido en cuenta las presiones ejercidas sobre la madre de un menor a efectos de determinar la residencia de este. Así, la District Court of Utah (Tribunal Regional del Estado de Utah, Estados Unidos de América) estimó que el menor, pese a estar en Alemania, no residía habitualmente en territorio alemán por cuanto la madre y el menor no podían abandonar el país a raíz de las agresiones verbales, emocionales y físicas cometidas por el padre [Re Ponath, 829 F. Supp. 363 (1993)]. La District Court of Washington (Tribunal Regional del Estado de Washington, Estados Unidos de América) consideró que la madre de los menores no residía habitualmente en Grecia, donde vivía con ellos socialmente aislada y privada de autonomía, sin conocer las normas culturales ni la lengua, con un acceso muy limitado a los recursos financieros y siendo víctima de actos de violencia cometidos por el padre [Tsarbopoulos v. Tsarbopoulos, 176 F. Supp. 2d 1045, (2001)]. En el mismo sentido, la District Court of Minnesota (Tribunal Regional del Estado de Minnesota, Estados Unidos de América) tuvo en cuenta que el padre hubiera impedido a la madre abandonar el territorio de Israel, de cuyo país ambos eran nacionales y en el que la madre había permanecido once meses con el padre y sus hijos, para llegar a la conclusión de que esos menores no residían habitualmente en ese Estado [Silverman v. Silverman, 2002 U.S. Dist. LEXIS 8313].

78 Véase la sentencia de 28 de junio de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513), apartados 52 a 58.

79 Véanse los puntos 65 a 71 de las presentes conclusiones.

80 Sentencia de 8 de junio de 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436), apartado 48. Véase el punto 60 de las presentes conclusiones.

92. A mi juicio cuando, pese a la intención inicial de los progenitores —o de aquel que pretende ejercer la guarda y custodia del menor— [81] de establecerse con su hijo en un lugar determinado, ese hijo nace y permanece contra la voluntad del progenitor del que depende en otro lugar, la intencionalidad reviste una importancia particular. Así ocurre cuando, en esas circunstancias, los elementos objetivos que rodean la estancia del menor y de ese progenitor en el país en el que se encuentran no son indicativos del lugar en el que estos están realmente integrados en un entorno familiar y social. La intención acerca del lugar de residencia del menor en un Estado miembro, siempre que se haya expresado a través de circunstancias externas, constituye entonces un factor que puede prevalecer sobre esos elementos objetivos, acreditando la integración del progenitor del que depende en ese Estado aunque haya estado ausente de él desde el nacimiento del menor.

93. Por consiguiente, para determinar la residencia habitual de la menor debe tenerse particularmente en cuenta cualquier eventual indicio de que, antes de su marcha a Bangladés, los progenitores, o únicamente la madre, hubieran iniciado preparativos para que la menor naciera en Reino Unido, para instalarla en una vivienda estable en dicho Estado y para cuidarla de forma cotidiana.

94. En segundo lugar, en lo que respecta a las circunstancias que rodean la *integración del padre* en el Estado miembro de que se trata, de la jurisprudencia se desprende que el progenitor que no tiene la guarda efectiva del menor (pese a ser titular de la responsabilidad parental) únicamente forma parte de su entorno familiar si el menor mantiene con él contactos regulares. [82] Pues bien, cuando el padre regresa a ese Estado miembro impidiendo a la madre que haga lo propio con la menor, ya no se mantienen esos contactos. La residencia y la integración del padre en ese Estado miembro en el momento en el que se presenta el escrito de demanda no constituyen, en tales circunstancias, un indicio adecuado del lugar en el que se sitúa, de hecho, el centro de la vida de la menor.

95. En tercer lugar, también debe tomarse en consideración el *período de tiempo* transcurrido entre el nacimiento de la menor y la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional remitente. La duración de la estancia en un Estado constituye, por lo general, un factor que puede reflejar la integración del menor en ese Estado y, por ende, la inexistencia de vínculos tangibles con otro Estado. Sin embargo, su importancia en la apreciación global de las circunstancias pertinentes también varía en función de cada caso concreto. [83]

96. En consecuencia, ese factor no transmite automáticamente la realidad de la integración del menor cuando la duración continuada de su estancia en un Estado y, por consiguiente, su ausencia de otro Estado, es fruto de las presiones ejercidas por uno de los progenitores. Es cierto que, salvo que se dote de una cierta artificialidad al concepto de «residencia habitual», un menor que crece y establece vínculos en el Estado en el que se ve obligado a residir, y no crea ningún lazo con el Estado en el que debería haber estado de no ser por las presiones ejercidas por un progenitor, pierde en un determinado

81 La Comisión sostiene que la intención unilateral de un solo progenitor cotitular de la responsabilidad parental no puede compensar en ningún caso la falta de presencia física del menor en el Estado miembro de que se trata. Procede rechazar esa alegación a la luz de la sentencia de 28 de junio de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513), apartado 63, del que se desprende que únicamente ha de tenerse en cuenta la intención del progenitor que, aun siendo titular del derecho de custodia, no tiene en la práctica bajo su guarda al menor, si este pretende ejercer su derecho de guarda y custodia. Por consiguiente, puede tomarse en consideración la intención unilateral del único progenitor que pretende ejercer efectivamente su derecho de guarda y custodia. Por lo demás, esa solución es conforme al espíritu del procedimiento de restitución previsto en el Convenio de La Haya de 1980 y completado por el Reglamento Bruselas II *bis*. En efecto, el artículo 3, letra b), de dicho Convenio, reproducido, en esencia, por el artículo 2, apartado 11, letra b), de dicho Reglamento, prevé que el traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos únicamente cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia y cuando este derecho *se estuviera ejerciendo de forma efectiva* en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

82 Véase la sentencia de 28 de junio de 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513), apartado 48.

83 De conformidad con la sentencia de 22 de diciembre de 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829), apartado 51, aunque la estancia del menor en el Estado miembro de que se trata «debe ser en principio de cierta duración, para que revele una estabilidad suficiente», el Reglamento Bruselas II *bis* no prevé sin embargo una duración mínima, pues la duración de una estancia no es más que un indicio entre otros muchos.

momento su residencia habitual en ese segundo Estado.[84] Sin embargo, no ocurre necesariamente así con un menor que, como en el caso de autos, aún era lactante en el momento en el que se presentó la demanda. Por consiguiente, considero que la duración de la estancia de la menor en Bangladés no debería impedir, en sí, que su residencia habitual se encuentre en Reino Unido.

97. Todas estas consideraciones llevan a la siguiente conclusión en una situación, como la controvertida en el litigio principal, en la que un menor ha nacido en un tercer país y se le ha impedido acudir con su madre a un Estado miembro por las presiones ejercidas por el padre y en la que el menor aún es lactante en el momento de la interposición de la demanda ante el órgano jurisdiccional remitente. En esas circunstancias, el menor únicamente residirá habitualmente en ese Estado miembro, en el sentido del artículo 8, apartado 1, del Reglamento Bruselas II *bis*, en la medida en que, de no ser por esas presiones, habría estado presente de forma estable y regular, e integrado como miembro de una célula familiar cuyos otros miembros tienen, en la práctica, su centro de vida en ese Estado miembro. Para que concurra ese requisito es preciso que la madre esté integrada en un entorno social y familiar en el Estado miembro controvertido. Corresponderá al órgano jurisdiccional nacional comprobar si es así a la luz de todas las circunstancias pertinentes, entre ellas los factores objetivos que rodearon la anterior estancia e integración de la madre en ese Estado miembro y las manifestaciones externas de su intención en cuanto al lugar de residencia de la menor.

c) Sobre la toma en consideración de los derechos fundamentales de la menor y de la madre

98. En aras de la exhaustividad, considero conveniente precisar que, en caso de que la aplicación del principio del «centro de vida efectivo del menor» no permita basar la competencia general de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en circunstancias como las del litigio principal, la protección del interés superior del menor, garantizada por el artículo 24 de la Carta, y de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 4 y 6 de la Carta[85] no justifican otra conclusión.

99. Conviene recordar que ese principio refleja el criterio de proximidad en el que se fundamenta el artículo 8, apartado 1, de dicho Reglamento mediante el cual el legislador pretendió proteger el interés superior del menor con carácter general.[86] Desde mi punto de vista, las siguientes consideraciones se oponen a que se reconozca por vía jurisdiccional una excepción a ese principio cuando el interés superior del menor apreciado en un caso particular y sus derechos fundamentales se vean amenazados en el tercer Estado en el que se encuentre.

100. En primer lugar, de conformidad con el artículo 51, apartado 2, de la Carta, esta «no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión». Por tanto, el Tribunal de Justicia está facultado para interpretar, a la luz de la Carta, el Derecho de la Unión dentro de los límites de las competencias atribuidas a esta.[87] Ahora bien, la Unión y sus Estados miembros no están obligados, con arreglo al Derecho de la Unión o del CEDH, a ejercer su jurisdicción en situaciones que se producen en terceros Estados a falta de un vínculo de conexión previsto por el Derecho de la Unión o por el CEDH según lo interpreta la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.[88]

84 Véase el punto 71 de las presentes conclusiones.

85 Véanse los considerandos 12 y 33 del Reglamento Bruselas II *bis* según los cuales el citado Reglamento reconoce y respeta los derechos fundamentales garantizados por la Carta.

86 Véase el punto 36 de las presentes conclusiones.

87 Véase, en particular, la sentencia de 5 de octubre de 2010, McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582), apartado 51.

88 Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «TEDH»), la jurisdicción de los Estados contratantes, en el sentido del artículo 1 del CEDH, se limita, en principio, a su propio territorio. Este principio solo permite excepciones en circunstancias muy determinadas y ajenas al contexto fáctico del presente asunto. Véase, en particular, TEDH, 7 de julio de 2011, Al-Skeini y otros c. Reino Unido (CE:ECHR:2011:0707JUD005572107), §§ 130 a 142 y jurisprudencia citada.

101. En segundo lugar, el Reglamento Bruselas II *bis* ya establece un mecanismo que faculta a los Estados miembros a proteger los intereses de un menor incluso a falta de un vínculo de conexión previsto por el Derecho de la Unión. Cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro es competente en virtud de los artículos 8 a 13 del Reglamento Bruselas II *bis*, el artículo 14 de ese mismo Reglamento precisa que los Estados miembros están autorizados, con carácter residual, a atribuir a sus órganos jurisdiccionales la competencia en virtud de su Derecho nacional. Por tanto, es posible que, cuando las disposiciones de ese Reglamento basadas en el criterio de proximidad no permitan designar a los órganos jurisdiccionales de ningún Estado miembro, los Estados miembros fundamenten la competencia de sus propios órganos jurisdiccionales en normas de Derecho interno que se aparten de ese criterio.

102. En el presente asunto, el Derecho del Reino Unido prevé esa competencia residual a través de la competencia *parens patriae* de sus órganos jurisdiccionales. Sin embargo, según se desprende de los autos a disposición del Tribunal de Justicia, esa norma de competencia únicamente se aplica con respecto a los ciudadanos británicos y conforme al juicio discrecional de los órganos jurisdiccionales nacionales.

103. Por otro lado, XB aduce que, en su caso, UD podría acudir ante los órganos jurisdiccionales de Bangladés, en particular, en caso de que el Derecho de ese tercer Estado prevea normas de competencia basadas en la presencia de la menor. A este respecto, aunque el órgano jurisdiccional remitente precisa que el hecho de que XB retenga a UD y a la menor puede ser constitutivo de una vulneración de sus derechos fundamentales, no se pronuncia expresamente sobre las alegaciones de que la República de Bangladés ha incumplido su obligación positiva de proteger esos derechos, en particular por vía jurisdiccional. [89] En tales circunstancias, considero inadecuado basar el análisis en ese postulado.

104. En cualquier caso, en mi opinión, el artículo 14 del Reglamento Bruselas II *bis* transmite la idea de que incumbe a cada Estado miembro decidir, basándose, en su caso, en consideraciones de «comity» («cortesía entre Estados»), si el temor a que los órganos jurisdiccionales de un tercer Estado no apliquen a la madre y al menor normas de protección conformes a los derechos y a los valores que prevalecen en el Estado miembro de que se trata permite justificar que se introduzca un criterio de competencia específico en su Derecho nacional. [90]

105. Por consiguiente, aun cuando sea posible que en un tercer Estado se vulneren el interés superior del menor y sus derechos fundamentales, el artículo 8, apartado 1, del Reglamento Bruselas II *bis* no puede interpretarse en el sentido de establecer la residencia habitual del menor sobre la base de criterios que se alejen del criterio de proximidad que se materializa en el concepto de «centro de vida efectivo del menor».

89 Aunque la República de Bangladés no está vinculada ni por el CEDH ni por la Carta, los artículos 7 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de Naciones Unidas, y que entró en vigor el 23 de marzo de 1976 —instrumento al que se ha adherido la República de Bangladés— garantizan derechos análogos a los previstos, respectivamente, en los artículos 3 y 5 del CEDH y en los artículos 4 y 6 de la Carta.

90 Véase, a ese respecto, el voto particular de Lord Sumption en el asunto Re B (A Child) (Habitual Residence: Inherent Jurisdiction) [2016] UKSC 4, apartados 66 y 76. En él sostiene que la mera desaprobación de las normas que se aplicarían con arreglo al Derecho del país en el que se encuentra el menor no basta para fundamentar la competencia de los órganos jurisdiccionales del Reino Unido.

V. Conclusión

106. A la vista de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por la High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Tribunal Superior de Inglaterra y País de Gales, Sala de Familia, Reino Unido):

«1) La residencia habitual de un menor, en el sentido del artículo 8, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, se encuentra en el lugar en el que dicho menor tiene, en la práctica, su centro de vida. Dicho lugar debe determinarse teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de cada caso. En algunos supuestos excepcionales la apreciación global de todas las circunstancias puede llevar a considerar que, en la práctica, el menor tiene su centro de vida en un lugar en el que nunca ha estado físicamente presente. Por consiguiente, la presencia física del menor en el territorio de un Estado miembro no es un requisito previo a efectos de establecer allí su residencia habitual.

2) La circunstancia de que la madre de una lactante, que ejerce de forma efectiva su guarda, se haya visto obligada por el padre a dar a luz en un tercer Estado y a permanecer en él con la lactante después de su nacimiento colocando a ambas, en su caso, en una situación contraria a los derechos fundamentales consagrados en los artículos 4 y 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, es un elemento pertinente que debe tenerse en cuenta para determinar la residencia habitual de la menor en el sentido del artículo 8, apartado 1, del Reglamento n.º 2201/2003.

Sin embargo, en esas circunstancias la lactante únicamente podrá residir habitualmente en un Estado miembro, pese a no haber estado nunca físicamente en él, si su madre tiene, en la práctica, su centro de vida en él, extremo que deberá apreciar el órgano jurisdiccional remitente. A este respecto, resultan particularmente importantes los eventuales lazos de tipo familiar, social y cultural que la madre tenga en ese Estado miembro, así como cualquier manifestación tangible de la intención de la madre de residir en su territorio junto con su hija desde el nacimiento de esta.»